

Assistência jurídica integral e gratuita. Tutela constitucional e concessão do benefício

JOSÉ MARCELO MENEZES VIGLIAR
Promotor de Justiça - SP

I - Considerações Iniciais

A vigente Constituição Federal recebeu algumas designações muito peculiares, importando ressaltar, dentre todas elas, a que a qualificou como "Constituição Cidadã" (conforme o fez Ulysses Guimarães, que presidiu os trabalhos do Congresso Constituinte, que promulgou, aos 5 de outubro de 1988, a Constituição da República Federativa do Brasil).

E tal designação parece mesmo apropriada, sobretudo se se considerar o fato de apresentar setenta e sete incisos no Capítulo reservado aos Direitos Constitucionais do Cidadão ("Direitos e Deveres Individuais e Coletivos" - Capítulo I), além de outras garantias que integram os demais capítulos do seu Título II ("Dos Direitos e Garantias Fundamentais"), reforçada por outros aspectos, como se verá adiante, deixando patente a preocupação que norteou os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte, quais sejam: destacar a importância do homem em geral e a do cidadão brasileiro em particular, com a ampliação do rol de seus direitos e garantias, com a inserção e explicitação de várias outras garantias, até então dedutíveis da sistemática do ordenamento jurídico vigente, além de diversos outros Títulos insculpidos no Texto Supremo, que se voltam para a tutela da legitimação da atuação dos "Poderes" constituídos em relação ao cidadão, disciplinando expressamente, ainda, aspectos da relação do cidadão com a sua família e o tratamento que essa merece receber do Estado; com o meio ambiente; as bases para a disciplina das relações de consumo e a concepção da figura do "cidadão-consumidor", etc.

Promulgada, resta que se faça uma análise do conteúdo de todo o Capítulo dos Direitos e Garantias Individuais, através de uma interpretação sistemática, a fim de que se avalie a efetividade de tais direitos e garantias, vale dizer, se são passíveis de serem exercitados desde já, ou se se tratam de meras declarações de intenção.

Considerando o tema objeto do presente estudo, interessa-nos, exclusivamente, embora seja impossível se prescindir da análise superficial de outros institutos, a discipli-

na reservada à Assistência Jurídica Integral e Gratuita, que integra o mencionado Capítulo, e cuja garantia vem expressa no inciso LXXIV, do artigo 5º.

Ou seja, interessa-nos qual a tutela constitucional vigente e, como consequência, como deve ser a forma da concessão do benefício (ao menos, como se verá, de parte dele), apontando o caminho correto para tanto, analisando, ainda que superficialmente, a importante atuação do Ministério Público para a efetivação de tal garantia, considerando o que dispõem os artigos 127 e 129, I, da Constituição da República, sobre todos.

Uma breve explicação se faz necessária, antes de se empreender os objetivos mencionados: o constituinte, finalmente, ouviu as críticas da doutrina mais autorizada,⁽¹⁾ e ampliou o objeto da tutela constitucional em estudo⁽²⁾, vez que tutelou a Assistência Jurídica Integral e Gratuita e não apenas a Assistência Judiciária Integral Gratuita, como na Ordem Constitucional revogada.

Assistência Jurídica constitui expressão mais adequada, posto que mais abrangente, e que se traduz na somatória da "atividade dinamizada, junto ao poder Judiciário"⁽³⁾ mais as atividades técnico-jurídicas voltadas à informação, consultoria, aconselhamento que, numa palavra, constitui uma atividade educativa, a ser proporcionada pelo Estado e não apenas a atividade técnica que o advogado desempenhará dentro do processo.

Feitas essas considerações, que pareciam indispensáveis, apresento o plano de desenvolvimento do tema.

Num primeiro momento, tratarei da análise da tutela constitucional da Assistência Jurídica Integral e Gratuita (item II - *infra*), verificando os princípios constitucionais que a informam e procurando classificá-la quanto a sua eficácia, segundo critérios da doutrina constitucional que reputo a mais correta.

Em seguida (item III - *infra*), será considerada, brevemente, a problemática da concessão do benefício da justiça gratuita, que é apenas um dos componentes da Assistência Jurídica Integral e Gratuita, consoante a vigente legislação infraconstitucional (que trata do tema sob a rubrica de "Assistência Judiciária"), evidenciando o equívoco que se comete ao se tomar a concessão do benefício da justiça gratuita como sinônimo de Assistência Jurídica, além de um breve comentário da disciplina do instituto em face da vigente Constituição do Estado de São Paulo, promulgada em 5 de outubro de 1988.

Posteriormente, serão tecidos comentários quanto aos problemas para uma integral concessão da Tutela em estudo, sobretudo quanto ao seu aspecto educativo acima mencionado, e dos instrumentos constitucionais colocados à disposição dos tutelados (os cidadãos beneficiários) para efetivá-la (item IV *infra*) e a necessidade de sua efetivação, já que a própria Constituição da República prevê a inafastabilidade do controle jurisdicional, proibindo, como regra, a autotutela, com a previsão, inclusive, de delitos específicos para se proibir a "justiça pelas próprias mãos".

Finalmente (item V - *infra*), apresentarei as conclusões sobre o tema.

II - Eficácia da tutela constitucional da assistência jurídica integral e gratuita

Para uma interpretação sistemática da eficácia da tutela em apreço, mister se faz ressaltar alguns aspectos que informam e permeiam todo o Capítulo dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, mormente no que tange aos Direitos e Deveres Individuais.

(1) - Cf. HUMBERTO PEÑA DE MORAES, in "Participação e Processo", Editora Revista dos Tribunais, 1988, págs. 240 e 241 - Obra coordenada pelos Professores Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe.

(2) - A Constituição Federal revogada, em seu art. 153, § 32, tutelava tão-somente a Assistência Jurídica Gratuita nos seguintes termos: "Será concedida Assistência Judiciária aos necessitados na forma da lei".

(3) - HUMBERTO PEÑA DE MORAES - Ob. cit. pág. 240.

Um primeiro aspecto importante concerne à posição ocupada pelo Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), no Texto Supremo, ou seja, logo após a apresentação dos Princípios Fundamentais da República Federativa do Brasil (Título I).

Este fato denota, no mínimo, uma opção clara feita pelo Constituinte de 1988: elencar os direitos e deveres individuais e coletivos, além dos demais que integram o Título II, antes mesmo da própria organização do Estado.⁽⁴⁾

Na vigente Constituição da República o indivíduo tem seus direitos e deveres elencados antes da apresentação, organização e distribuição das funções do Estado que, em seu conjunto, representam a própria manifestação da Soberania deste.⁽⁵⁾

Um outro dado importante, que envolve parte do Capítulo I, é o que concerne à proteção dos direitos e garantias individuais, consoante os termos do § 4º do artigo 60, dispositivo que disciplina as limitações do chamado "Poder Constituinte Derivado".⁽⁶⁾

São as chamadas "cláusulas pétreas".⁽⁷⁾

Com efeito, o referido § 4º estatui que "não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa do Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais".

Como se vê, apenas uma parte do Capítulo I foi abrangida pelas limitações impostas à chamada "competência constituinte derivada", ou seja, apenas os direitos e garantias individuais, nos termos do parágrafo citado.

Sem dúvida, diga-se desde já, a Assistência Jurídica Integral e Gratuita inclui-se dentro dos direitos e garantias individuais, relacionando-se ainda, como é óbvio, intimamente com o princípio da isonomia.

É importante observar que os limites ao chamado "Poder Constituinte Derivado", no que tange aos direitos e garantias individuais e aos direitos políticos, sempre foram entendidos pela mais autorizada doutrina constitucional como sendo limites implícitos.⁽⁸⁾

Destaca-se, também, como outro aspecto que envolve a disciplina constitucional do tema abordado, o conteúdo do § 1º, do artigo 5º, da Constituição da República.

Este dispositivo (norma de encerramento) afirma que "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata".⁽⁹⁾ Trata-se de expressa disposição sobre a eficácia desses direitos.

Celso Ribeiro Bastos observa que a própria constituição nega a aplicabilidade imediata às suas normas, já que em vários dispositivos há referência à necessidade de uma norma subconstitucional que venha a dar efetividade para o comando da Lei Maior.

O mencionado autor adverte que o dispositivo (§ 1º, do art. 5º) deve ser interpretado no sentido da aplicação imediata "o tanto quanto possível".⁽¹⁰⁾

Seria o caso da concessão da Assistência Jurídica Integral e Gratuita, já que o inciso que a disciplina, assim vem grafado:

(4) - A Constituição Federal revogada, como se pode observar, com a Organização Nacional fato que se coadunava com os princípios daqueles que a conceberam, que pregavam que a "pátria" estava acima de tudo.

(5) - Para noções gerais sobre a Soberania e Organização do Estado vide Hely Lopes Meirelles in "Direito Administrativo Brasileiro", Editora Revista dos Tribunais, 13ª Edição, págs. 33 e segs.

(6) - JOSÉ AFONSO DA SILVA lembra que o mais correto é falar em "competência constituinte derivada" ou "constituinte de segundo grau" em virtude do próprio Poder Constituinte Derivado deitar raízes no Poder Constituinte Originário, que o instituiu e limitou, in Curso de Direito Constitucional Positivo, Editora Revista dos Tribunais, 5ª Edição, págs. 57 e 58.

Sobre os limites da competência de reforma constitucional v. também Michel Temer, in "Elementos de Direito Constitucional", Editora Revista dos Tribunais, 6ª Edição, págs. 37 e seguintes.

Vide, ainda, a excelente tese de doutorado de MAURÍCIO ANTONIO RIBEIRO LOPES, in Poder Constituinte Reformador - limites e possibilidades de revisão constitucional brasileira, Editora Revista dos Tribunais, 1993.

(7) - JOSÉ AFONSO DA SILVA emprega a expressão "núcleo imodificável" lembrando que todas as nossas constituições republicanas continuam e contém limitações dessa natureza. Ob. cit., pág. 59.

(8) - JOSÉ AFONSO DA SILVA, Ob. cit., pág. 59 (nota nº 32) e pág. 60.

(9) - CELSO RIBEIRO BASTOS lembra que não consta disposição equivalente em nenhuma constituição alienígena sendo novidade também, nas constituições pátrias. In "Comentários à Constituição do Brasil", Editora Saraiva, 1989, pág. 392.

(10) - V. tb. as críticas tecidas pelo autor, quanto à eficácia do indigitado dispositivo. Ob. Cit., págs. 392 e 393, que se aplicam à Assistência Jurídica Gratuita, como se verá adiante.

"O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos."

Vale dizer: apesar de a norma-síntese transcrita acima, que garante a aplicabilidade imediata aos comandos constitucionais das garantias individuais, o inciso LXXIV, do artigo 5º, estaria a restringir o alcance do dispositivo, já que não indicou a forma da comprovação da insuficiência de recursos, sequer expressamente remetendo a complementação à atividade ordinária do legislador, mas que será necessária.

Ora, somente a Assistência Judiciária Gratuita (vide *supra*, item I, notas 1 e 2) possui tratamento na legislação infraconstitucional (somente, ainda, no que tange à concessão do benefício da justiça gratuita).

O mesmo não se pode afirmar quanto à Assistência Jurídica Integral e Gratuita.

Contudo, há que se ter em mente que a norma que determina a aplicação imediata das garantias, na realidade, deve ser analisada como um comando aos aplicadores da Constituição, inclusive, e sobre todos, ao legislador ordinário.

Cabe lembrar a lição de José Afonso da Silva, para quem os "os direitos fundamentais só cumprem sua finalidade se as normas que os expressem tiverem efetividade".⁽¹¹⁾

O autor ainda nos adverte que a declaração contida na citada norma-síntese, "pura e simplesmente por si não bastaria se outros mecanismos não fossem previstos para torná-la eficiente. Vimos a propósito o mandado de injunção (diz o autor). Acrescentamos que a ação de inconstitucionalidade por omissão é da mesma natureza. A iniciativa popular pode muito bem ser eficiente instituto de busca da integração das normas constitucionais dependentes de lei ordinária ou complementar, especialmente daquelas normas que traduzem direitos de interesse social" (destaquei).

Vale a pena a transcrição de mais um trecho do autor, que mais à frente remata:

"... sua existência por si, contudo, estabelece uma ordem aos aplicadores da constituição no sentido de que o princípio é o da eficácia plena e a aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos fundamentais: individuais, coletivos, sociais, de nacionalidade e políticas, de tal sorte que só em situação de absoluta impossibilidade se há de decidir pela necessidade de normatividade ulterior de aplicação. Por isso, revela-se, por seu alto sentido político, como eminente garantia de defesa da eficácia jurídica e social da Constituição".⁽¹²⁾

Um outro dispositivo constitucional importante, que integrou a preocupação do Constituinte de 1988, quanto à eficácia dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, e, assim à tutela da Assistência Jurídica Integral e Gratuita, é o contido no inciso II, artigo 129 da Constituição da República.

A Assembléia Nacional Constituinte atribuiu ao Ministério Público, instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, a incumbência da "defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis..."⁽¹³⁾ a função institucional de "zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia".⁽¹⁴⁾

Reforçando, assim, o entendimento da aplicabilidade imediata do dispositivo que se analisa, é lícito concluir que o indivíduo poderá recorrer ao Ministério Público, na hipótese de desrespeito a qualquer direito assegurado na Constituição federal, inclusive, desnecessário mencionar, o desrespeito à Assistência Jurídica Integral e Gratuita. Desrespeito.

(11) - JOSÉ AFONSO DA SILVA, ob. cit. págs. 401 e 402.

(12) - idem, nota nº 11 deste.

(13) - V. Constituição Federal, Título IV, Capítulo IV, Seção I, art. 127, que define o Ministério Público.

(14) - Aqueles que se interessarem pelo papel do Ministério Público, diante da vigente Constituição Federal, devem consultar HUGO NIGRO MAZZILLI, in "O Ministério Público na Constituição de 1988", Editora Saraiva, 1989, especificamente quanto ao dispositivo abordado: págs. 46 e segs.

to, inclusive, é o que parece, quanto à não efetivação, por parte dos Poderes Constituídos, de colocar à disponibilidade dos indivíduos a mencionada Assistência.

As medidas necessárias e disponíveis ao Ministério Público, como, em alguns casos, a qualquer cidadão, à efetivação da garantia, serão objeto de breve análise no item IV (*infra*) do presente

Em apertada síntese, estes são alguns dos pontos sobre os quais repousa a Tutela Constitucional da Assistência Jurídica Integral e Gratuita

Vejamos, ato contínuo, conforme proposto no plano de desenvolvimento do tema, a eficácia da Tutela em apreço, reforçando e explicitando as idéias já lembradas acima, consoante a clássica sistematização da melhor doutrina constitucional, sustentada mais uma vez por José Afonso da Silva.⁽¹⁵⁾

"Todas as normas constitucionais são dotadas de eficácia"⁽¹⁶⁾

Esta afirmação é de Michel Temer, que sustenta verificar-se a eficácia jurídica "na hipótese de a norma vigente, isto é, com potencialidade para regular determinadas relações, ser efetivamente aplicada a casos concretos"⁽¹⁷⁾

O autor explica, em seguida, que a simples edição da norma constitucional resulta na revogação de todas as normas anteriores que com ela conflitem.⁽¹⁸⁾

Assim, embora uma norma constitucional não seja aplicável a um caso concreto (desde logo), é aplicável juridicamente no sentido negativo: revoga as que com ela sejam incompatíveis

Portanto, o que se pode analisar é o grau de eficácia de uma determinada norma constitucional, vez que, ao menos em sentido negativo, todas são eficazes

Em insuperável obra, quer pela profundidade, quer pela didática, o já citado José Afonso da Silva agrupou, quanto à eficácia, as normas constitucionais⁽¹⁹⁾, estabelecendo a seguinte classificação que, resumidamente, se reproduz:

- normas constitucionais de eficácia plena:

O grau de eficácia dessas normas é pleno, vale dizer, são dotadas de aplicabilidade imediata, integral, independentes da legislação ordinária para que se verifique sua eficácia

Além disso, o legislador infraconstitucional não necessitará estabelecer quaisquer limites, tampouco regulamentará os casos de aplicação

O constituinte já o fez, estabelecendo seus limites.

Como exemplos, pode-se citar o artigo 2º do Texto Supremo, que assim vem expresso:

"São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário"⁽²⁰⁾

- normas constitucionais de eficácia contida:

Essas normas, a exemplo das anteriores, são, igualmente, dotadas de eficácia plena

O traço que as diferencia é justamente a possibilidade de o legislador subconstitucional, legitimamente, reduzir o seu alcance⁽²¹⁾

Há, no Texto Supremo, vários exemplos: artigo 5º, incisos VI e XIII, entre outros

- normas constitucionais de eficácia limitada:

A eficácia dessas normas restringe-se a revogar todas as normas (constitucionais ou não) que com ela sejam incompatíveis.

(15) - Aplicabilidade das Normas Constitucionais. Editora Revista dos Tribunais. 2ª Edição 1982 também citada por MICHEL TEMER, ob. cit., págs 26 a 28.

(16) - MICHEL TEMER ob. cit. pág 26

(17) - idem ibidem.

(18) - V., a propósito, a 'Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro' - Decreto-Lei nº 4 657 de 4 de setembro de 1942

(19) - JOSÉ AFONSO DA SILVA, in Aplicabilidade..., ob. cit.

(20) - Este exemplo é o mesmo empregado por MICHEL TEMER, ob. cit., pág. 27

(21) - Há autores que preferem designá-las pela expressão "norma constitucional de eficácia reductível ou restringível" cf MICHEL TEMER idem nota anterior. pág 27 com referência à nota de rodapé nº 13

Dependem, por assim dizer, de normatividade futura para que sejam aplicáveis a casos concretos, numa palavra: necessitam da atividade legislativa subconstitucional para que tenham a sua eficácia integrada.

Os exemplos apresentados por Michel Temer são: o artigo 18, § 3º e o artigo 205

José Afonso da Silva, analisando os exemplos trazidos por Michel Temer, acima mencionados, os classifica de norma constitucional de eficácia limitada de princípio institutivo, ou seja, dependem de lei para efetivarem o que foi previsto na norma constitucional (art 18, § 3º) e de norma constitucional de eficácia limitada de princípio programático, ou seja, normas que estabelecem um programa constitucional (art 205), que deverá ser perseguido pelo legislador de normas de hierarquia inferior, para que se complete o Ordenamento Jurídico⁽²²⁾

Vista a classificação que se adotou para os fins do vertente trabalho, resta analisar o teor do inciso LXXIV, do artigo 5º, da Constituição da República, para se concluir onde tal dispositivo teria seu locus de subsunção. Permitto-me, mais uma vez, transcrever o inciso, *in verbis*:

"LXXIV - O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos."

Trata-se, sem a menor dúvida, de norma constitucional de aplicabilidade imediata. Os próprios argumentos acima desenvolvidos autorizam tal conclusão.

Não há, na Tutela em apreço, necessidade da atividade do legislador ordinário para que seja exequível o comando constitucional de garantia individual.

Mesmo na ordem constitucional revogada não havia necessidade da atividade normativa infraconstitucional para a eficácia da Tutela.⁽²³⁾

Tendo em vista não se tratar de norma constitucional de eficácia limitada, pergunta-se: segundo o critério adotado, tal norma seria de eficácia plena ou de eficácia contida?

O Constituinte, ao estabelecer que a Assistência Jurídica integral e gratuita será prestada "aos que comprovarem insuficiência de recursos" e considerando que não estabeleceu como se daria a comprovação da referida insuficiência de recursos, deixou, ainda que não o mencione expressamente, ao talante do legislador ordinário estabelecer os parâmetros que julgar necessários para a concessão do benefício

Daí, lícito afirmar que a Tutela Constitucional da Assistência Jurídica Integral e Gratuita classifica-se como norma constitucional de eficácia contida, ou como prefere Michel Temer, norma constitucional de eficácia reductível ou restringível

Em recente obra, Ada Pellegrini Grinover, citando uma lição de Pontes de Miranda, ensina que: "O direito subjetivo à assistência judiciária está assegurado por norma que é *self executing*, não havendo necessidade de lei para o cumprimento da regra constitucional"⁽²⁴⁾

Mas, ao menos uma das subgarantias, ou seja, a da concessão do benefício da justiça gratuita, possui legislação infraconstitucional que a disciplina e, ainda, pode-se afirmar, é a parte da garantia em estudo que mais é utilizada

Se assim é, resta-nos a análise da legislação infraconstitucional, nos seguintes níveis de indagação: se a legislação subconstitucional foi recepcionada pelo inciso LXXIV, do artigo 5º, do Texto Supremo e qual é o objeto dessa legislação (será que é o da assistência jurídica, integral e gratuita?)

Essa análise será desenvolvida no tópico seguinte, quando se analisará a problemática da concessão do benefício e a extrema confusão que se criou para se conceder a chamada "justiça gratuita"

(22) - Idem, págs 27 e 28.

(23) - Vide teor da nota nº 3 deste.

(24) - In Novas Tendências do Direito Processual Editora Forcnse Universitária 1ª Edição, 1990 Ensaio IV - Assistência Judiciária pág 247

III – Assistência jurídica e justiça gratuita: concessão do benefício

Como vimos nas considerações iniciais (item I *supra*), a Assistência Jurídica compreende, além da atividade desenvolvida perante a atividade jurisdicional do Estado (o que vem sendo designado pela expressão “assistência judiciária”), uma outra atividade que se pode denominar de educativo-preventiva, sendo, destarte a resultante da somatória dessas duas atividades.

Em sua obra já citada, a professora Ada Pellegrini Grinover apresenta uma conotação bem mais ampla da expressão “Assistência Jurídica”, apresentando o seu real significado, ou seja, o de “acesso à Justiça”.

A autora entende que o acesso à Justiça vai além da assistência pré-processual (preventiva, educativa) e do acesso ao “poder judiciário” (a assistência judiciária em seu sentido estrito): entende que o acesso à Justiça deve significar um acesso a um processo justo; o acesso ao devido processo legal, com todas as garantias; propõe, com base no pensamento do autor peninsular Mauro Cappelletti, um novo enfoque do acesso à Justiça: que o acesso seja pensado do ponto de vista do “consumidor”⁽²⁵⁾ da Justiça, que anseia por uma “Justiça imparcial”, uma “Justiça igual, contraditória, dialética cooperatória”, uma Justiça que, efetivamente, dê ao indivíduo o acesso aos instrumentos e meios para “sustentarem suas razões, produzirem suas provas, influírem sobre a formação do convencimento do juiz”.

Além desse novo “método de pensamento”, propõe a autora um “programa de reforma”, que se trata da institucionalização de efetivos meios para que as partes possam se utilizar do Estado na solução de seus conflitos: sejam pequenos conflitos – que muitas vezes não chegam ao Judiciário, pelo desânimo que a regra da demora proporciona, provocando o que Kazuo Watanabe denomina de “litigiosidade contida”⁽²⁶⁾ –, sejam os conflitos metaindividuais e superindividuais, vale dizer, que o Estado possa resolver todos os conflitos, a fim de manter ou restaurar a paz e o bom convívio social, que se trata de seu objetivo.⁽²⁷⁾

Mister se fez a recordação de todos esses conceitos, eis que é imperioso frisar a extensa e larga diferença entre Assistência Jurídica e o benefício da justiça gratuita (o que, de fato, o Estado vem proporcionando e, através, exclusivamente, daqueles que exercem o poder-dever-função jurisdicional).

O benefício da justiça gratuita “é um direito pré-processual exercível perante o juiz que deve prestar a jurisdição”⁽²⁸⁾ no caso concreto que se lhe apresente.

A já citada autora, que durante anos seguidos infundáveis serviços prestou à Procuradoria de Assistência Judiciária, da E Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo,

(25) – MAURO CAPPELLETTI, pelo menos uma vez, já se utilizara da expressão “consumidor”, indicando o cidadão, que espera a atividade jurisdicional quando tratou da responsabilização dos juizes, em sua obra *Giudici Irresponsabili*, Dott. A. Guiffre Editore, Milano, 1988. Introdução, pág. XII e o fez dessa forma: “... perché è basato su un criterio di responsabilizzazione dei giudici nei confronti dei ‘consumatori’ del diritto e della giustizia: i cittadini di ciascuna società al servizio dei quali l'intero sistema giuridico, in un ordinamento veramente democratico, dovrebbe operare”.

(26) – Cf. Juizado de Pequenas Causas. Editora Revista dos Tribunais, 1985, coordenado pelo citado autor com excelentes artigos de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO e ADA P. GRINOVER, dentre outros.

Dinamarco (in “A Reforma do Código de Processo Civil” – Malheiros – 1995) lembra: “Acesso à justiça equivale à obtenção de resultados justos. É o que também já se designou como acesso à ordem jurídica justa (Kazuo Watanabe). Não tem acesso à justiça aquele que sequer consegue fazer-se ouvir em juízo, como também todos os que, pelas mazelas do processo, recebem uma justiça tardia ou alguma injustiça de qualquer ordem. Augura-se a caminhada para um sistema em que se reduzam ao mínimo inevitável os resíduos de conflitos não-jurisdicionais (a universalização da tutela jurisdicional) e em que o processo seja capaz de outorgar a quem tem razão toda a tutela jurisdicional a que tem direito. Nunca é demais lembrar a máxima chiovendiana: ‘criada em verdadeiro slogan, segundo a qual “na medida do que for praticamente possível o processo deve proporcionar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que tem o direito de obter”’ (págs. 19 e 20).

Ressalta da referida obra do citado autor que, ao menos do ponto de vista do Direito Processual Civil, algumas alterações introduzidas pelas diversas leis que operaram as “mini-reformas” (para se usar uma expressão do autor ob. cit. item 6 pág. 29) já revelam o que Ada P. Grinover chamou de “programa de reformas”.

Ainda, convém transcrever a máxima chiovendiana acima traduzida. Disse Giuseppe Chiovenda: “Il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire”.

(27) – Ob. cit., pág. 244, item 1.1.3.

(28) – Os termos colocados entre aspas foram exatamente os empregados pela autora cf. pág. 245 da ob. cit.

lembrando os ensinamentos do já citado Pontes de Miranda, lembra “que a finalidade política do artigo 150, § 2º, da Constituição de 1967 não poderia ser, nem era, a de abolir o instituto do direito pré-processual do benefício à Justiça gratuita, mas sim o de dar à União, aos Estados-membros, ao Distrito Federal, aos Territórios e aos Municípios, quanto à assistência judiciária, dever de organização”.

E prossegue:

“... o Congresso Nacional e as Assembléias Legislativas haveriam de evitar a simples produção de regras jurídicas concernentes ao benefício da Justiça gratuita, sem organizar a assistência judiciária”⁽²⁹⁾.

Humberto Peña de Moraes e José Fontenelle T. da Silva, em lição citada por Celso Ribeiro Bastos,⁽³⁰⁾ que também se reportam aos ensinamentos de Pontes de Miranda, ensinam:

“Assistência judiciária e benefício da justiça gratuita não são a mesma coisa. O benefício da justiça gratuita é direito à dispensa provisória de despesas, exercível em relação jurídica processual, perante o juiz que promete a prestação jurisdicional. É instituto de direito pré-processual. A Assistência Judiciária é organização estatal, ou paraestatal, que tem por fim, ao lado da dispensa provisória das despesas, a indicação de advogado. É instituto de direito administrativo” (cf. “Comentários ao Código de Processo Civil”, pág. 460, apud Humberto Peña de Moraes e José Fontenelle, Assistência Judiciária, ob. cit., págs. 93-94).

A concessão do benefício da Justiça gratuita vem disciplinada pela Lei nº 1.060/50, que, até o momento, sofreu inúmeras alterações em seu texto original, pelo conjunto da legislação sucessiva que a derogou, adaptando-a às realidades atuais.

Dentre todas as leis que a alteraram merece menção, para os fins do vertente tema, a Lei nº 7.510/86,⁽³¹⁾ especificamente porque alterou o que dispunham os artigos 1º e 4º e seus parágrafos, do texto legal original.

Primitivamente, determinava o artigo 1º que:

“Os poderes públicos federal e estadual concederão assistência judiciária aos necessitados nos termos da presente lei”.

O texto vigente contém a mesma estrutura, acrescentando, contudo, que a obrigação dos poderes públicos federal e estadual independe da colaboração dos Municípios e da Ordem dos Advogados do Brasil (eventual ou não), o que aumentou a possibilidade da obtenção da concessão do benefício.

Como dissemos, a estrutura do dispositivo é a mesma, impondo, contudo, aos poderes federal e estadual a obrigação de manterem a prestação da assistência, ainda que os municípios e a OAB venham a colaborar, sendo certo que as outras entidades também poderão colaborar (e muito) para a efetivação da Assistência Judiciária, como, e.g., o Departamento Jurídico do Centro Acadêmico XI de Agosto (da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo), que há meio século realiza tal atividade.

Considera-se, demais, beneficiário da Justiça Gratuita, todo aquele que preencher os requisitos da Lei nº 1.060/50: “todo aquele cuja situação econômica não lhe permita

(29) – Idem, págs. 247 e 248.

(30) – CELSO RIBEIRO BASTOS, ob. cit., pág. 376.

(31) – Para uma consulta do texto da Lei nº 1.060/50, v. Editora Lex 1950/24, republicada no DOU, de 8 de abril de 1984. Sobre a Lei nº 7.510/86 v. Editora Lex 1986/669 e, ainda, toda a evolução cronológica apresentada por THEOTÔNIO NEGRÃO, na 24ª Edição de seu Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor, Malheiros Editores, págs. 739 e 740. Apenas para demonstrar a preocupação do legislador, no que tange a uma maior facilidade de todos aqueles que militam na Assistência Jurídica, destaca-se a Lei nº 7.871/89, que também alterando o original texto da Lei nº 1.060/50 estabelece que as intimações de quem exerça a função de Defensor Público, ou equivalente, devam ser feitas pessoalmente, concedendo-se, ainda, aos mesmos, o benefício da contagem de prazo em dobro, havendo já arestos que se posicionaram tanto quanto aos prazos quanto ao benefício da intimação pessoal (STJ – Recursos Especiais 21.781 – 0; 15.639 – 0; 20.028 – 7 – todos citados por THEOTÔNIO NEGRÃO).

pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou da família" (32)

A legislação derogadora da Lei nº 1.060/50, que alterou o seu artigo 4º, estabeleceu o momento para se requerer o benefício

No princípio, na vigência do texto original, o pretendente ao benefício era obrigado a se submeter a um transtorno (em certa medida humilhante) para alcançar o mesmo

Deveria, o postulante, apresentar um atestado de pobreza, bem assim mencionar seu rendimento, além de seus encargos e de sua família: uma verdadeira apologia à burocracia que, não raro ensejava a desistência do ajuizamento da demanda, já que a população além de não entender o porquê de tanta burocracia, na maioria das vezes optava pela desistência de recorrer ao judiciário, até porque não sabia onde conseguir a documentação para se habilitar.

Mais tarde, com o advento da Lei nº 7.115, de 29 de agosto de 1983, (33) que dispõe sobre a declaração destinada a fazer prova de vida, residência, pobreza, dependência econômica, homonímia, ou bons antecedentes, o artigo 4º da Lei nº 1.060/50 foi derogada, já que "lei posterior revoga a anterior... quando seja com ela incompatível" (34)

De fato, havia uma total incompatibilidade, pois a lei posterior (Lei nº 7.115/83), previa que as declarações firmadas pelo próprio interessado, para os fins acima elencados, deviam ser presumidas verdadeiras

Assim, por terra, caíam as estapafúrdias exigências da Lei nº 1.060/50.

A época de seu advento, o próprio Coordenador e Secretário Executivo do Programa Nacional de Desburocratização, enviou uma comunicação a Sua Excelência, o Corregedor-Geral da Justiça do Estado de São Paulo, informando ao mesmo do alcance da Lei nº 7.115/83, nos seguintes termos:

"é inquestionável que, a partir do novo diploma legal, a prova do atestado de pobreza deverá ser firmada pelo interessado ou seu procurador, a qual se presumirá verdadeira até prova em contrário" (35)

O avanço foi notável

Infelizmente, há, até hoje, alguns juízes que vinculam a concessão do benefício à apresentação do finado atestado de pobreza, sem qualquer suporte legal

Mas o legislador foi além, entendendo que o exercício da cidadania mereceria maior desentrelhe, ao menos quando o cidadão buscasse o exercício de uma das indispensáveis atividades do Estado, até porque vedada, conforme referido acima, a "justiça pelas próprias mãos", como se vê no artigo 345, do Decreto-Lei nº 3.914/41 (o Código Penal)

A Lei nº 7.510/86 derogou disposições da Lei nº 7.115/83, especificamente, quanto a declaração de pobreza, para os fins da concessão do benefício em estudo.

Trata-se de conhecido brocardo jurídico, que determina a revogação do preceito genérico pelo especial (*especialis derogat generalis*)

Com efeito, a nova e vigente redação do artigo 4º e seus parágrafos, determina que:

"Artigo 4º - A parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família

§ 1º - Presume-se pobre, até prova em contrário, quem afirma essa condição nos termos desta lei, sob pena de pagamento até o décuplo das custas judiciais

§ 2º - A impugnação do direito à assistência judiciária não suspende o curso do processo e será feita em autos apartados"

(32) - Cf. parágrafo único do artigo 2º, que não sofreu nenhuma alteração na sua redação original

(33) - Publicada no D.O.U. de 30 de agosto de 1983.

(34) - Cf. § 1º, artigo 2º, da "Lei de Introdução ao Código Civil" já citada acima.

(35) - Publicado no Diário da Justiça do Estado de São Paulo de 13 de abril de 1984. Caderno 1, pág. 20. Apud Theotônio Negrão ob. cit. 14ª Edição, págs. 442 e 443

Nota-se, assim, que desde o advento da Lei nº 7.510/86, basta uma simples afirmação de que a parte não soma condições para arcar com as custas do processo. Nada mais!

O dispositivo acima transcrito, inclusive, se amolda ao espírito do artigo 2º e parágrafo único da Lei nº 1.060/50.

Ainda hoje, infelizmente, juízes há que determinam a juntada de declaração de pobreza firmada pela própria parte. (36)

Convém destacar o aresto que, talvez, de forma pioneira, tenha firmado entendimento no sentido que ora se destacou. Assim, em 26 de outubro de 1989, o E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo se pronunciou:

"Para a obtenção do direito, que é assegurado por norma constitucional, basta ao litigante afirmar, na petição inicial, sua condição de pobreza jurídica. Nesse sentido, dispõe o artigo 4º da Lei nº 7.510/86, presumindo-se pobre, para a obtenção de assistência judiciária, quem afirmar essa condição, como sucedeu, na hipótese, através da própria petição inicial, que dispensa a declaração por escrito, em separado, firmada pelo próprio punho da requerente." (37)

Essa, portanto, a evolução da concessão do benefício da justiça gratuita

O vigente texto da Lei nº 1.060/50 foi recepcionado pela Constituição da República de 1988, posto que não há - efetivamente não há - qualquer incompatibilidade com a garantia do inciso LXXIV, do artigo 5º.

Cumpre-nos verificar ainda, conforme proposto no item I *supra*, o teor da tutela em apreço na Constituição do Estado de São Paulo, promulgada em 5 de outubro de 1989.

O artigo 3º do citado Diploma estatuiu que:

"O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que declararem insuficiência de recursos."

Não resta dúvidas, destarte, que no Estado de São Paulo, basta a declaração de insuficiência de recursos para que se tenha o direito à Tutela em estudo, declaração que será prestada nos termos da Lei nº 1.060/50, com a sua vigente redação.

Este é, diga-se de passagem, um dos Fundamentos do Estado de São Paulo (Título I da Constituição Estadual).

IV - Instrumentos constitucionais para a efetivação da tutela constitucional da assistência jurídica integral e gratuita

Vários são os instrumentos constitucionais que se pode lançar mão, a fim de se efetivar a Tutela em estudo

José Afonso da Silva, analisando a questão, em face do Título II da Carta Magna, lembra que vários são os "mecanismos" para que a norma-síntese do artigo 5º, se torne

(36) - Nos autos do Agravo de Instrumento nº 511-A/89, da 6ª Vara da Família e das Sucessões da Capital, despachou o MM. Juiz de Direito, mantendo sua R. Decisão Interlocutória, que determinou o atendimento das exigências contidas na revogada Lei nº 7.155/83 (revogada para os fins da concessão do benefício em tela), in verbis: "Entendo que deva ser mantida a decisão agravada. Insurgem-se os agravantes contra despacho que indeferiu-lhes o pedido de assistência judiciária gratuita por não atenderem o despacho determinando-lhes que juntassem declaração de pobreza. Trata-se de despacho proferido em autos de arrolamento em que os agravantes sequer comprovaram não estarem em condições de arcar com as custas processuais. Entendo que a lei isenta ao pagamento de custas e despesas processuais às pessoas que são consideradas pobres na acepção jurídica do termo, ou seja, não possuem nenhum imóvel e percebam vencimentos mínimos para que subsistam. Foi determinado aos agravantes que comprovassem essa situação. Não o fizeram. Daí o indeferimento do seu pedido de assistência judiciária gratuita. Dessa forma remetam-se os autos ao ETJ - com as cautelas de estilo".

Como se vê, nesse exemplo, inúmeros equívocos são rotineiramente cometidos para a concessão do benefício da Justiça Gratuita. No caso acima, efetivamente, a comprovação já fora feita. Não como Sua Excelência desejava, mas como determinava a Lei.

(37) - idem notas 11 e 12 deste

eficaz, apontando o mandado de injunção, a ação de inconstitucionalidade por omissão, além da iniciativa popular.⁽³⁸⁾

Tais "mecanismos" aplicam-se à indigitada Tutela, eis que abrangida pelo comando da norma de encerramento.

Dos apontados pelo Autor, o que parece mais eficaz, embora o mais trabalhoso de todos, é o da iniciativa popular, já que cada Estado-membro, buscando efetivar os comandos de suas próprias Constituições, que, por óbvio tem sua inspiração da Constituição Federal, poderiam, em sede de legislação ordinária, disciplinar toda a forma da concessão da Assistência Jurídica Integral e Gratuita, além da concessão própria da Justiça gratuita, desde que não viesse a infirmar o vigente texto da Lei nº 1.060/50.

Vale dizer, cada Estado-membro, tomando por base o que a legislação federal ordinária vigente estabelece, poderia até criar maiores facilidades para a obtenção dos benefícios e outras providências, mesmo porque, como se sabe, as custas processuais têm destinação certa: são englobadas nas receitas de cada Estado-membro, sendo desnecessário mencionar que a maior parte de todas as demandas tramitam nas chamadas "Justiças Estaduais", diante das regras de competência vigentes.

Os demais mecanismos não teriam o mesmo alcance, posto que o provimento jurisdicional restringir-se-ia aos litigantes (no caso do Mandado de Injunção, ainda que difícil se conceber um exemplo prático, ligado à concessão do benefício que se analisa), além da problemática da legitimatio *ad causam* da ação de inconstitucionalidade por omissão.⁽³⁹⁾

A ação civil pública (Lei nº 7.347, de 25 de julho de 1985), não referida pelo autor, poderia ser uma outra alternativa, com legitimação do Ministério Público, além dos demais legitimados do seu artigo 5º (com as condições previstas nos incisos e parágrafos), embora tenha-se que proceder a uma minuciosa delimitação do objeto de sua causa petendi, e quem seriam os beneficiários, para não torná-la uma ação de inconstitucionalidade por omissão disfarçada.

A hipótese que se apresenta, no caso da ação civil pública, sobretudo em relação ao Ministério Público, não seria o patrocínio de demandas por este, fora das hipóteses de legitimação que tem, ou seja, não seria o ajuizamento de demandas pelo Ministério Público, considerando, por exemplo, a falta de advogado para tanto. Não.

O que se vislumbra é o ajuizamento de ação civil pública, cujo objeto veicule obrigação de fazer, quer para se efetivar a Assistência Jurídica Integral e Gratuita, postulando-se a criação de órgãos para tal fim, quer para determinar que, no mínimo, se observe a concessão do benefício menor da justiça gratuita, nos termos da lei.

Constituiria uma tarefa de fôlego, contudo, não impossível.

V – Conclusões

Passo a elencar as possíveis conclusões que, de certa forma, foram apresentadas no decorrer do texto:

1 - A Assembléia Nacional Constituinte, mais uma vez, tutelou a Assistência Judiciária, dessa vez ampliando definitivamente seu objeto, eis que se utilizou do *nomem iuris* mais adequado: Assistência Jurídica Integral e Gratuita, que demonstra uma preocupação pela assistência que vá além da prestada pelo advogado gratuito em determinada relação jurídico-processual.

(38) - Sobre o Mandado de Injunção e Habeas data vide JOSÉ AFONSO DA SILVA. Coleção Constituição de 1988. Primeira leitura, Editora Revista dos Tribunais, 1989.

Sobre o Mandado de Injunção, vide ARICÉ MOACYR AMARAL SANTOS, mesma coleção, vol. 7.

(39) - Cf. art. 103 da Constituição da República.

2 - Sabe-se, contudo, que, efetivamente, não há concessão, quer pela União, quer pelos Estados-membros, quer pelos Municípios, do benefício em tela, ao menos na sua integralidade. A legislação vigente limita-se a disciplinar a concessão do benefício da justiça gratuita, nos termos da Lei nº 1.060/50, com suas posteriores alterações, o que equivale a não obrigação da antecipação das custas processuais e ao não-pagamento de honorários de advogado.

3 - Assistência Jurídica Integral pressupõe, além da Assistência Jurídica, a assistência pré-processual, preventiva e de natureza educacional, que pressuporia uma criteriosa análise da clientela regional, para se atender mesmo às particularidades das diversas regiões de um país de dimensões continentais, e que, enquanto Nação, encerram conflitos peculiares.

Timidamente, pode-se afirmar que o atendimento ao público desenvolvido pelo Ministério Público em todas as Comarcas do Estado de São Paulo e pela Procuradoria-Geral do Estado nas Comarcas de maior porte do Interior e na Capital, vem cumprindo esse papel.

Diga-se, de passagem, que o atendimento ao público constitui uma das nobres funções institucionais do Ministério Público do Estado de São Paulo, conceito esse reforçado pelo ato conjunto dos seus Órgãos de Administração Superior (Ato nº 79/92 - DOE - Seção I, pág. 29, edição de 2 de setembro de 1992, art. 1º), justamente para dar efetividade aos comandos constitucionais dos artigos 127 e 129.

Contudo, se trata de uma Assistência que o Estado tinha o dever de proporcionar, através de Órgãos para tal finalidade, sob pena de deixar cada vez mais os pobres sem a devida assistência (que já se verifica nos setores da saúde, segurança, etc.) e, ainda, sujeitá-los mais às penas do delito do "exercício arbitrário das próprias razões", ou seja, de forma mais contundente do que aquele que, conhecendo os seus direitos e podendo defendê-los em juízo, diante da inafastabilidade, somam condições de fazê-lo.

4 - A norma constitucional que prevê a Assistência Jurídica Integral e Gratuita é, de qualquer forma, de eficácia contida.

5 - A legislação infraconstitucional, disciplinada pela Lei nº 1.060/50, com as modificações que suportou, foi recepcionada pela vigente Ordem Constitucional, sendo que não há motivos para a burocratização da concessão do benefício mínimo que veicula, qual seja, o da justiça gratuita, sendo que a comprovação da necessidade, a que o Texto Supremo se refere, se faz nos termos da Lei nº 7.510/86 (vide nota nº 30 *infra*).

6 - Vários são os instrumentos constitucionais disponíveis para que se efetive a Tutela em estudo. Contudo, o mais adequado, parece, seja a iniciativa popular na elaboração de projeto de lei, que deverá ser elaborado em cada Estado-membro, a fim de se atender às peculiaridades regionais.

Bibliografia

BASTOS, Celso Ribeiro - Comentários à Constituição do Brasil, Editora Saraiva, 1989.

CAPPELLETTI, Mauro - Giudici Irresponsabili?, Dott. A. Giuffrè Editore, 1988.

DINAMARCO, Cândido Rangel - A reforma do Código de Processo Civil, Malheiros Editores, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini - Novas Tendências do Direito Processual, Editora Forense Universitária, 1ª Edição.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro - Poder Constituinte Reformador - limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira, Editora Revista dos Tribunais, 1993.

MAZZILLI, Hugo Nigro - O Ministério Público na Constituição de 1988, Editora Saraiva, 1ª Edição

MEIRELLES, Hely Lopes - Direito Administrativo Brasileiro, Editora Revista dos Tribunais, 13ª Edição

MORAES, Humberto Peña de - Artigo da Coletânea Participação e Processo, Editora Revista dos Tribunais

NEGRÃO, Theotônio - Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor:

- 14ª Edição - Editora Revista dos Tribunais

- 24ª Edição - Malheiros Editores

- 26ª Edição - Saraiva - 1995

SANTOS, Aricê Moacyr Amaral - Coleção Constituição de 1988 - Primeira Leitura, Editora Revista dos Tribunais, Volume 7

SILVA, José Afonso da - Curso de Direito Constitucional Positivo, Editora Revista dos Tribunais, 5ª Edição.

- Coleção Constituição de 1988 - Primeira Leitura, Editora Revista dos Tribunais, Volume 5.

- Aplicabilidade das Normas Constitucionais, Editora Revista dos Tribunais, 2ª Edição.

TEMER, Michel - Elementos de Direito Constitucional, Editora Revista dos Tribunais, 6ª Edição.

WATANABE, Kazuo - Juizado de Pequenas Causas, Editora Revista dos Tribunais, 1985